

ISSN: 0212-0747

ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL

Nº 27
2011

REVISTA DEL
DEPARTAMENTO DE DERECHO
INTERNACIONAL PÚBLICO /
FACULTAD DE DERECHO /
UNIVERSIDAD DE NAVARRA /
PAMPLONA, ESPAÑA



Universidad
de Navarra

FUNDADA EN 1974 / UNIVERSIDAD DE NAVARRA / 31080 PAMPLONA. ESPAÑA
EDITA: SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD DE NAVARRA

ESTUDIOS DOCTRINALES SOBRE LA CRISIS DE LIBIA

BERMEJO GARCÍA, Romualdo. La protección de la población civil en Libia como coartada para derrocar un gobierno	9-55
GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. Sobre el «núcleo duro» de la resolución 1973 (2011) del Consejo de Seguridad y acerca de su aplicación en la práctica	57-75
CERVELL HORTAL, María José. La resolución 1970 (2011) del Consejo de Seguridad y la remisión de la cuestión libia a la CPI	77-107
LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, Eugenia. La crisis de Libia desde la perspectiva de la <i>responsabilidad de proteger</i>	109-152
OLIVA MARTÍNEZ, J. Daniel. Cuestiones en torno a la legitimidad del Consejo Nacional de Transición Libio a raíz de su reconocimiento por la Asamblea General de las Naciones Unidas	153-183
ECHEVERRÍA JESÚS, Carlos. Revueltas, guerra civil tribal e intervención militar extranjera en Libia	185-201
BERMEJO GARCÍA, Romualdo / GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. Conclusiones finales	203-208

OTROS ESTUDIOS DOCTRINALES

FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. Desarrollos del Derecho internacional frente a los desastres/ catástrofes internacionales	211-242
RUIZ MIGUEL, Carlos. Rebelión en Siria: ¿en la encrucijada o hacia el precipicio?	243-268
GÓMEZ ISA, Felipe. Diversidad cultural y Derechos Humanos desde los referentes cosmovisionales de los pueblos indígenas	269-315
ESTEVE MOLTÓ, José Elías. Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»	317-351
PASCUAL VIVES, Francisco José. La institución del <i>amicus curiae</i> y el arbitraje de inversiones	353-396
MOURE PEÑIN, Leire. Programas de Investigación Científica: una aplicación a las Relaciones Internacionales	397-433

NOTAS

BINDER, Christina. Anything New Since the End of the Cold War? or International Law Goes Domestic	437-465
GARCIANDÍA GARMENDIA, Rosana. Los Centros de Internamiento de Extranjeros en España a examen	467-492
ODELLO, Marco. The Right to Take Part to Cultural Life	493-521
PIERNAS LÓPEZ, Juan Jorge. El abordaje de la Flotilla de la Liberación por parte de Israel	523-553
REAL, Bénédicte. La cuestión de la representación única de la Unión Europea en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas	555-571
SEATZU, Francesco. The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights and The Right to Adequate Food	573-590
TARDIF, Eric. Medicamentos falsificados	591-613

DECISIONES DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES

RECENSIONES



La resolución 1970 (2011) del Consejo de Seguridad y la remisión de la cuestión libia a la CPI: ¿la unión hace la fuerza?

The Security Council Resolution 1970 (2011) and the referral of the Libyan matter to the ICC

RECIBIDO EL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2011 / ACEPTADO EL 7 DE OCTUBRE DE 2011

María José CERVELL HORTAL

Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones internacionales
Universidad de Murcia
cervell@um.es

Resumen: La resolución 1970 (2011) del Consejo de Seguridad reenviaba la investigación de la posible comisión de crímenes internacionales en territorio libio a la Corte Penal Internacional activando así el artículo 13 (b) del Estatuto de Roma. El 16 de marzo la Corte emitía las tres primeras órdenes de arresto contra nacionales libios, entre los que figuraban el coronel Gaddafi y su hijo. Este artículo describe las consecuencias que las mismas pudieran tener, analizando los antecedentes en este tipo de cuestiones (principalmente, el asunto Al Bashir) y sopesando el valor de las remisiones de asuntos a la Corte Penal Internacional por el Consejo de Seguridad y cómo los Estados reaccionan ante ellas.

Palabras clave: resolución 1970, orden de arresto Gaddafi, Corte Penal Internacional, inmunidad Jefes de Estado.

Abstract: The resolution 1970 (2011) of the Security Council redirected the investigation of the international crimes which could have been committed in Libyan territory to the International Criminal, by the article 13 (b) of the Statute of Rome. On March 16, the Court issued the first three warrant decisions against Libyan nationals, included Colonel Gaddafi and his son. This article describes the consequences of those decisions, analyses the precedents in this kind of issues (mainly, the Al Bashir case) and examines the value of these referrals from the Security Council to the International Criminal Court and how the States react to them.

Key words: resolution 1970, Gaddafi's arrest warrant, International Criminal Court, Head of State immunity.

Résumé: La résolution 1970 (2011) du Conseil de Sécurité renvoyait la recherche de la possible commission de crimes internationaux dans le territoire libyen à la Cour Pénale Internationale en activant l'article 13 (b) du Statut de Rome. Le 16 mars la Cour adoptait les premiers mandats d'arrêt, deux dirigés contre le colonel Kadhafi et son un fils. Cet article décrit leur conséquences, en analysant les antécédents dans ce type de questions (principalement, dans l'affaire Al Bashir) et en sopesant la valeur des remises de sujets à la Cour Pénale Internationale par le Conseil de Sécurité et comment les États réagissent.

Mots clés: résolution 1970, mandat d'arrêt de Gaddafi, Cour Pénale Internationale, immunités des Chefs d'Etat.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CUESTIÓN LIBIA ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL POR OBRA Y GRACIA DEL CONSEJO DE SEGURIDAD. 2.1. La inmunidad de los jefes de Estado ante la CPI. 2.2. Cooperar o no cooperar: esa es la cuestión. III. ESCAPAR A LA JURISDICCIÓN. IV. LOS DESAFÍOS A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. V. CONCLUSIONES.

* Este artículo, en el que se abordan algunas cuestiones presentes hoy en el conflicto de Darfur, se ha realizado en el marco del Proyecto I+D concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, «La contribución del Derecho Internacional sus instituciones (ONU, CPI y UE) a los intentos de solución de la crisis humanitaria de Darfur (Sudán)» (ref. DER 2009-0739, 01/01/2010 a 31/12/2012) y del que Cesáreo Gutiérrez Espada es Investigador Principal.

I. INTRODUCCIÓN

El ataque, al abrigo de la resolución 1973 (2011) del Consejo de Seguridad, el 19 de marzo de 2011 de territorio libio por una coalición de Estados capitaneados por Estados Unidos, Francia y Reino Unido confirmaba que había llegado a su fin la reconciliación que hacía apenas una década se había obrado entre la Jamahiriya Árabe Libia y la comunidad internacional. Previamente, la resolución 1970 (2011), de 26 de febrero, había impuesto una serie de sanciones al país y a algunos de sus nacionales y remitido la cuestión libia a la Corte Penal Internacional (CPI), para que fuera esta quien depurara responsabilidades por los presuntos crímenes internacionales allí cometidos. Desde su paulatina reincorporación a la normalidad en las relaciones con otros Estados y la supresión de las sanciones impuestas en 1992 por el Consejo de Seguridad¹ el 12 de septiembre de 2003, Libia había logrado en los últimos años participar con relativa fluidez en los principales organismos regionales e internacionales y pasar de ser defenestrada por las grandes potencias mundiales a recibir de ellas un trato cordial². Sus esfuerzos en purgar las culpas por el atentado de Lockerbie de 1988 y en desarme la habían hecho merecedora de tales atenciones³.

Los más de cuarenta años en el poder que acumulaba Muamar el Gaddafi, el «Hermano Líder y Guía de la Revolución», empezaron a tambalearse cuando las revueltas iniciadas en Túnez en diciembre de 2010 se extendieron a Libia en febrero de 2011, donde fueron reprimidas con una violencia brutal⁴.

¹ Las resoluciones que lo impusieron fueron la 731 y 748 (1992) y la 883 (1993). Sobre este cambio en el plano internacional, puede consultarse GUTIÉRREZ ESPADA, C. y BERMEJO GARCÍA, C., «Examen de conciencia, dolor de corazón y propósito de enmienda... (¿una nueva Libia?)», *REDI*, vol. LV, 2004, 2, pp. 779-794. En 2003 se produjo el levantamiento formal de las sanciones.

² Las relaciones con Libia y los Estados occidentales se normalizaron: en 2004 visitaba el país el Primer Ministro británico y al mes siguiente era Gaddafi quien visitaba Bruselas. Ese mismo año Estados Unidos abría una Oficina en Trípoli y el canciller alemán viajaba a Libia. En 2008 lo hacían la Secretaria de Estado estadounidense y el Rey de España.

³ En 1999, Libia aceptaba que los agentes libios acusados del atentado de Lockerbie fueran juzgados por un tribunal escocés con sede en La Haya, lo que allanó el camino para el restablecimiento de relaciones diplomáticas con varios Estados (Reino Unido, fundamentalmente) y la suspensión de determinadas sanciones. En 2003 Libia se comprometía a abandonar sus programas de armas de destrucción masiva.

⁴ Sobre las violaciones del Derecho Internacional cometidas puede consultarse el Informe de la Comisión nombrada para investigar las violaciones de los derechos humanos en ese Estado,

Las reacciones de la comunidad internacional no se hicieron en este caso de esperar. La Unión Europea, a propuestas de Francia, solicitaba la adopción de sanciones, varios Estados imitaron a Suiza en su decisión de congelar las cuentas bancarias de la familia del líder libio y en el Consejo de Seguridad comenzaron a circular los primeros borradores de resolución que condenara la actitud del Estado libio.

La primera de ellas sobre la cuestión, propuesta por el Reino Unido, se aprobaba en ese órgano el 26 de febrero de 2011: la resolución 1970, considerando que los ataques contra la población civil podían tener la consideración de crímenes de lesa humanidad, y actuando bajo el capítulo VII de la Carta, exigía el fin inmediato de la violencia, el respeto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario (párrs. 1 y 2). El texto incluía decisiones importantes respecto del Estado libio: remitía la situación a la Corte Penal Internacional (párrs. 4-8), decretaba el embargo de armas (párrs. 9-14), imponía prohibiciones de viajar a determinados nacionales libios (párrs. 15-16), cuyos activos también resultaban congelados (párrs. 17-21) y creaba un Comité de Sanciones para vigilar la aplicación de esas medidas, designar a las personas que debían resultar afectadas por ellas y seguir la evolución de la situación (párrs. 24-25).

Este artículo se centrará en sólo una de las cuestiones que recoge la resolución 1970, la del reenvío por el Consejo de Seguridad de la cuestión libia a la Corte Penal Internacional, incidiendo en las consecuencias que el arresto del líder libio por la Corte pudiera tener, analizando los antecedentes en este tipo de cuestiones (principalmente, el asunto Al Bashir) y sopesando el valor de las remisiones de asuntos a la Corte Penal Internacional por el Consejo de Seguridad y cómo los Estados reaccionan ante ellas.

II. LA CUESTIÓN LIBIA ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL POR OBRA Y GRACIA DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

La resolución 1970 (2011) decidía, como primera medida contra Libia, remitir la situación a la Corte Penal Internacional, con el fin de que el Fiscal

establecida por la resolución S-15/1 de 25 de febrero de 2011, del Consejo de Derechos Humanos, doc. A/HRC/17/44 (disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.44_AUV.pdf).

investigara los hechos acaecidos desde el 15 de febrero de 2011, solicitando a tal efecto a las autoridades libias la plena cooperación con la Corte (párrs. 4 y 5).

De esta manera, y por segunda vez en su historia, la CPI se veía obligada a iniciar un procedimiento contra un Estado no parte en el Estatuto de Roma (1998) a través de la vía que prevé su artículo 13. b), pasando así Libia a engrosar la lista que Sudán había abierto con la investigación de los crímenes de guerra y el genocidio de Darfur⁵. La resolución se aprobaba esta vez por unanimidad, lo que no había ocurrido con el asunto anterior, en el que cuatro Estados (Argelia, Brasil, China y Estados Unidos) optaron por abstenerse en la votación.

El 3 de marzo de 2011 el Fiscal abría la investigación⁶, solicitando el día 16 a la Sala de Cuestiones preliminares I una orden de arresto contra Muammar Abu Minyar Gaddafi (Jefe de Estado libio); Saif Al Islam Gaddafi (su hijo y Presidente *de facto* del país) y Abdullah Al Senussi (Jefe de Inteligencia Militar). La Sala hacía pública su decisión, con una rapidez a la que no nos tenía acostumbrados⁷, el 27 de junio de 2011, dando el visto bueno a la solicitud.

A los tres dirigentes libios se acusaba de crímenes contra la humanidad por el asesinato y la persecución de civiles, desde el 15 de febrero de 2011, en varias ciudades libias. No se incluyó entre los cargos crimen de guerra alguno, pese a que el Fiscal está ya investigando su posible comisión, tal y como afirmara en su Primer Informe al Consejo de Seguridad⁸. De hecho, el Informe de la Comisión nombrada por el Consejo de Derechos Humanos para investigar las violaciones de derechos humanos que podrían haberse producido en Libia

⁵ La resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad reenviaba los sucesos acaecidos en Darfur (Sudán) a la Corte Penal internacional. Desde entonces, la CPI ha abierto procedimientos contra seis individuos y dictado órdenes de arresto contra tres de ellos. Sobre la cuestión, véase LÓPEZ-JACOÍSTE DÍAZ, E., «La resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la intervención de la Corte Penal Internacional en la crisis de Darfur: ¿a la sexta va la vencida!», *REDI*, vol. LVII, 1, 2005, pp. 489-495 y CERVELL HORTAL, M^a J., *Naciones Unidas, Derecho Internacional y Darfur*, Comares, 2010 (véanse, sobre todo, pp. 155 y ss.).

⁶ Doc. ICC-01/11-2-US-Exp)

⁷ Hemos de tener en cuenta que en el asunto Al Bashir transcurrieron alrededor de ocho meses antes de que la Sala tomara una decisión. El Fiscal solicitó a la Sala una orden de arresto el 14 de julio de 2008, no decidiendo esta aceptarla hasta el 4 de marzo de 2009.

⁸ De 4 de mayo de 2011, disponible en <http://www.icc-cpi.int/>. El párrafo 7 de la resolución 1970 preveía que el Fiscal comunicara al Consejo de Seguridad, en un plazo de dos meses desde la aprobación de la resolución y posteriormente cada seis meses, las medidas que se habían adoptado en virtud de la resolución.

ya dio por probada la existencia de este tipo de crímenes⁹ y, más recientemente, un Informe de Amnistía Internacional hacía lo propio, acusando además a ambos bandos de su comisión¹⁰. La investigación de la comisión de crímenes de guerra se adivinaba en los primeros momentos complicada, sobre todo porque resultaba difícil determinar de manera precisa cuándo la situación en Libia se había convertido en un conflicto armado¹¹ para proceder a calificar determinados hechos y por eso las investigaciones del Fiscal se centraron en los crímenes contra la humanidad, pero incorporar la otra categoría (crímenes de guerra) permitirá, llegado el caso, salvar un obstáculo que los primeros acarrear: la necesidad de probar que se actuó de manera amplia y sistemática. El Fiscal en el mencionado Informe al Consejo de Seguridad de mayo de 2011 confirmaba públicamente que «desde finales de febrero se libra un conflicto armado en Libia»¹² allanándose así, por tanto, el camino para nuevos cargos.

Las peculiaridades del caso hacen inevitables las coincidencias con otro asunto ante la Corte, el de Darfur (Sudán): la CPI está conociendo de ambos por remisión del Consejo de Seguridad, al no ser ni Libia ni Sudán Estados Parte en el Estatuto de Roma (1998), y tanto Al Bashir como Muamar al Gaddafi eran Jefes de Estado en activo cuando comenzaron las investigaciones. Es más, un tercer nombre debería añadirse a la lista de altas personalidades acusadas de crímenes en estos asuntos, pues el hijo de este, Saif Al Islam Gaddafi, como el propio Fiscal afirmara y luego la Sala de Cuestiones Preliminares confirmara, debe ser considerado Jefe de Gobierno *de facto*¹³. Qué consecuencias tiene la

⁹ Informe de la Comisión nombrada para investigar las violaciones de los derechos humanos en ese Estado, establecida por la resolución S-15/1 de 25 de febrero de 2011, del Consejo de Derecho Humanos, *op. cit.*, párrs. 256 y ss.

¹⁰ El Informe, *The battle for Libya. Killings, disappearance and torture*, se publicaba a principios de septiembre de 2011 (disponible en <http://www.amnesty.org/en/library/info/MDE19/025/2011/en>).

¹¹ Sobre esta cuestión, puede verse una interesante reflexión de MILANOVIC, M., «How to qualify the armed conflict in Libya?», *EJIL Talk*, www.ejiltalk.org (fecha 1 de septiembre de 2011).

¹² Párr. 37, Informe del Fiscal. En él se habla del uso de determinado armamento, del bloqueo de suministros, del empleo de civiles como escudos humanos y de la tortura de prisioneros de guerra o de civiles (*vid.* párrs. 37 y 38).

¹³ El Fiscal lo declaró en la rueda de prensa celebrada a tal efecto el 16 de mayo (puede consultarse en <http://www.icc-cpi.int>). La Sala, en su decisión sobre la solicitud del Fiscal de ordenar órdenes de arresto contra los tres individuos mencionados, declaró que hay dudas razonables para considerar que Saif Al-Islam Gaddafi, «aunque no detente una posición oficial, es el sucesor tácito de Muammar Gaddafi y la persona más influyente de su círculo cercano» (párr. 72, Decision on the Prosecutor's Application pursuant to article 58 as to Muammar Mohammed

condición de Jefe de Estado o de Gobierno en la detención de los presuntos culpables y cómo deben cooperar los Estados para garantizar su entrega serán las cuestiones a las que se dedicarán los apartados siguientes.

2.1. *La inmunidad de los jefes de Estado ante la CPI*

La remisión de la cuestión libia a la Corte Penal Internacional ha permitido sacar de nuevo a la palestra la cuestión de la inmunidad de los Jefes de Estado, que el asunto Al Bashir, Jefe de Estado de Sudán sobre el que también pesan dos órdenes de arresto (de marzo de 2009 y julio de 2010¹⁴) ya había permitido plantear¹⁵. De hecho, es probable que no sean las últimas órdenes de arresto contra un Jefe de Estado, pues el 3 de octubre de 2011 la Sala de Cuestiones Preliminares autorizaba al Fiscal a iniciar una investigación en Costa de Marfil por los hechos allí acaecidos en las semanas siguientes al 28 de noviembre de 2010 y la implicación en los mismos del entonces Presidente del país, Laurent Gbagbo¹⁶. El debate en torno a la inmunidad de los Jefes de Estado está, por tanto, más vivo que nunca.

¿Cuáles son las consecuencias de que un Jefe de Estado o de Gobierno sea procesado por la CPI? ¿Y si es así cuando su Estado no era parte en el Estatuto de Roma y sólo una resolución del Consejo de Seguridad permitió poner en marcha este mecanismo? ¿Cómo deben los Estados poner en práctica el deber de cooperación en la localización y detención de los acusados? ¿Incumbe también este deber a los no parte como consecuencia de la remisión por el Consejo de Seguridad?

Aby Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and ABdullah Al-Senussi», doc. ICC-01/11, 27 de junio de 2011).

¹⁴ La primera orden de arresto fue sólo por crímenes contra la humanidad, pues la Sala rechazó los cargos de genocidio solicitados por el Fiscal. Tras recurrir este la decisión, la Sala de Apelaciones le dio la razón y la Sala de Cuestiones Preliminares incluyó el delito de genocidio, con lo que el 12 de julio de 2010 se dictó una nueva orden de arresto que lo contemplaba.

¹⁵ Cuestión compleja que ha merecido incluso la atención de la Comisión de Derecho Internacional. *Vid.* res. AGNU 62/66, 6 de diciembre 2007. Interesante es el Memorando de la Secretaría sobre inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, doc. A/CN.4/596, 31 de marzo de 2008.

¹⁶ Doc. ICC 02/11, Decision pursuant to article 15 of the Rome Statute on the authorization of an investigation into the situation in the Republic of Côte d'Ivoire, 3 de octubre de 2011. Costa de Marfil no ha ratificado el Estatuto, sino que aceptó en 2003 de manera expresa la jurisdicción de la Corte bajo el artículo 12.3 del Estatuto. El actual presidente confirmaba esta sumisión a su jurisdicción el 14 de diciembre de 2010 y 3 de mayo de 2011.

La Corte dictaba en el asunto libio, como señalé, tres órdenes de arresto el 27 de junio de 2011, una de ellas contra su máximo dirigente, Muammar el Gaddafi, como autor indirecto de los crímenes que se le achacaban. Es cierto que el líder libio no se reconocía a sí mismo como Presidente o Jefe de Estado y que rechazaba detentar cualquier tipo de poder constitucional o administrativo¹⁷, pero como los propios jueces admitieron, aun en ausencia de título oficial era desde 1969 el Jefe de Estado libio *de facto* y como tal se le ha reconocido a nivel interno e internacional. Por su parte, Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al Senussi han sido acusados de coautores indirectos (art. 25.3 del Estatuto), por su apoyo y ejecución de los planes diseñados para cometer los crímenes por los que se les persigue¹⁸.

El juego de las inmunidades ante la CPI y las dudas en torno a ellas, que ya el asunto Al Bashir había planteado, volvía a surgir. Como es sabido, el artículo 27 del Estatuto de Roma recoge la imposibilidad de hacer vale la inmunidad de jurisdicción penal de determinadas personalidades bajo la siguiente redacción:

«1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.

2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella».

En el párrafo 1 se excluye, por tanto, cualquier tipo de inmunidad *ratione materiae* mientras que el segundo contempla las inmunidades *ratione personae*¹⁹. Sin embargo, la aplicación de esta norma fue puesta en duda en el asunto

¹⁷ Véase Decision on the Prosecutor's Application pursuant to article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif al-Islam Gaddafi and Abdulla Al-Senussi, *op. cit.*, 27 de junio de 2011, párrs. 16 y ss.

¹⁸ *Íd.* párr. 67. Véase también el párrafo 72.

¹⁹ Así lo defiende GAETA, P., «Official capacity and immunities», *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary* (ed. por A. Cassese, P. Gaeta y John R. W. D. Jones), Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 975-1002 (p. 978). Considera además que el párrafo 1 sería una formulación escrita del Derecho consuetudinario y el 2 establecería una norma convencional.

Al Bashir, al tratarse de un caso del que la CPI conocía por remisión del Consejo de Seguridad. Como Sudán no era Estado parte, ¿seguía siendo posible perseguir a los Jefes de Estado en este caso? La Corte no tuvo duda alguna al respecto, y las órdenes de arresto dictadas contra el sudanés lo prueban²⁰.

Por otro lado, la redacción del artículo no ofrece *a priori* lugar a muchas dudas: no hay inmunidad que valga ante la CPI. Sin embargo, el artículo 98, elaborado en su día por una comisión diferente, introduce una precisión que obligaba a replantearse su interpretación:

«Art. 98.1. La Corte podrá negarse a dar curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que obtenga la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad».

El primer apartado incluye además un listado bastante amplio de personas afectadas, no usual en tratados relacionados con crímenes internacionales que contemplan también la retirada de la inmunidad lo que para P. Gaeta, es una clara prueba de que encierra un rechazo a la doctrina internacional de las inmunidades funcionales respecto de crímenes internacionales y que se redactó con el fin de sortear ciertas legislaciones nacionales que expresamente protegen con el paraguas de la inmunidad a Jefes de Estado y miembros de Gobierno y Parlamento (GAETA, P., «Official...», *op. cit.*, pp. 890-891). La disposición despertó inicialmente ciertas dudas acerca de la compatibilidad con lo establecido en los ordenamientos internos, en los que la inmunidad de los Jefes de Estado se reconoce a nivel constitucional en su gran mayoría y que fueron prontamente disipadas: las normas internacionales son jerárquicamente superiores y, en todo caso, el principio de complementariedad recogido en el Estatuto de la CPI haría primar la competencia de la Corte cuando, en su caso, las reglas sobre inmunidad establecidas a nivel nacional impidieran a los tribunales internos ir en contra de un acusado. La cuestión fue, con todo, objeto de un estudio especial en el caso español, en donde la Comisión Permanente del Consejo de Estado emitió el 22 de julio de 1999 un dictamen abordando estas cuestiones y, en concreto, la compatibilidad del artículo 27 con el artículo 56.3 de la Constitución, que establece la inviolabilidad del Rey (Dictamen n° n° 1374/99/MM). En él se afirmó que, por la especial configuración del Rey en la Constitución (el que refrenda sus actos sería el incurriría en auténtica responsabilidad individual, la que recoge el artículo 25 del Estatuto) no había problema alguno de contradicción entre ambos textos. No se llegó a la misma conclusión, sin embargo, en otros Estados: en Bélgica, el Consejo de Estado consideró que el artículo 27 del Estatuto de Roma era incompatible con las disposiciones de su Constitución (al respecto, POZO SERRANO, P., «Medidas nacionales adoptadas para la ratificación y la aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional: un balance provisional», *ADI*, vol. XIX, 2003, pp. 299-346, p. 311).

²⁰ De hecho, en la Decisión de la Sala por la que se decidía conceder la orden de arresto pedida por el Fiscal contra Al Bashir, se hizo constar expresamente: «...la Sala considera que la posición actual de Omar Al Bashir como Jefe de un Estado que no es parte en el Estatuto no tiene efecto sobre la jurisdicción de la Corte sobre el caso actual» (párr. 4, Decision on the Prosecution application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmed Al Bashir, doc. ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009).

El velo que se levantaba para la inmunidad en el artículo 27 parecía ahora caer a la luz de ese artículo, pues ha de respetarse en lo que se refiere a las obligaciones de entrega y asistencia exigibles a todo Estado Parte, debiendo la Corte abstenerse de pedir las a los Estados parte si afectan a personas o bienes de un Estado extranjero que gocen de inmunidad, con lo que parece que se invalida parcialmente lo establecido anteriormente en el artículo 27²¹. Es más, en el apartado 2 del artículo²² se sigue insistiendo en esa línea, pues se impide a la Corte cursar solicitudes de entrega de un ciudadano extranjero cuando exijan al Estado requerido actuar de manera incompatible con los compromisos asumidos en virtud de un acuerdo internacional conforme al que se precise el consentimiento del Estado de la nacionalidad para proceder a dicha entrega²³.

La lectura conjunta de ambas disposiciones, sobre todo en lo que se refiere a la combinación entre el 27.2 y el 98.1 era compleja y, de hecho, habían sido varias las interpretaciones al respecto antes de que el asunto Al Bashir forzara a determinar una salida para esta aparente contradicción. Algunos defendían que el artículo 98.1 supondría una pervivencia de la inmunidad en todo caso, pero lo absurdo de la conclusión es obvio, pues dejaría de tener sentido el diseñar un Tribunal cuyo fin último es evitar la impunidad si resultara tan fácil permitir que la misma persistiera. No hubiera sido posible, además, dictar órdenes de arresto contra Jefes de Gobierno o Estado y la práctica ha permitido

²¹ Se marcaban además con este precepto distancias con el proyecto de artículo 7 de la CDI de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad que excluía toda eximente o atenuante al cargo oficial.

²² «2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega».

²³ Como es el caso, por ejemplo, de los tratados bilaterales celebrados por los Estados Unidos con una serie de Estados en los que cada parte renuncia a poner a disposición de la Corte a los nacionales de la otra parte cuando aquélla quiera procesarlos. Sobre la cuestión, ABAD CASTELOS, M., «La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado: ¿en qué medida será posible un futuro sin inmunidades funcionales ni personales?», *Los Derechos Humanos frente a la impunidad*, *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. X, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, pp. 21-41 (p. 30). Véanse también principios rectores para guiar a los Estados miembros que estudien la posibilidad de firmar acuerdos o arreglos similares con los Estados Unidos, de 30 de septiembre de 2002 (disponibles en http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/12134_02es.pdf). Son tratados, por otra parte, de más que dudosa legalidad. Al respecto, ALCOCEBA GALLEGO, M. A., «La ilicitud internacional de los Acuerdos Antídoto celebrados por Estados Unidos para evitar la jurisdicción de la CPI», *ADI*, vol. XIX, 2003, pp. 349-372 (362-364).

comprobar lo contrario. Otros consideraban que el artículo permitiría tan sólo respetar la inmunidad de los Estados *no parte*, invalidando por tanto la de los que sí lo son²⁴, porque aunque la Corte puede ejercer su jurisdicción sobre un Estado no parte, no puede forzarle a eliminar las inmunidades de sus nacionales porque no están obligados (por no ratificar) a ello.

Sin embargo, la interpretación más lógica, equilibrada y correcta me parece la apuntada por un sector doctrinal²⁵ que, en realidad, comparte en gran medida los postulados de la segunda interpretación que acabo de apuntar: el artículo 98 no altera la ineficacia de las inmunidades del artículo 27 cuando la Corte solicita a un Estado la entrega de un acusado de su nacionalidad (aquí no entraría en juego el cumplimiento de obligaciones de Derecho internacional), pero sí en los demás casos, esto es, cuando se solicite la entrega de un agente de un Estado extranjero que en principio tuviera inmunidad. Es decir, en este supuesto, el obstáculo que supone el artículo 98.1 no afecta a la competencia del Tribunal (la exclusión de la inmunidad es absoluta y no limita, por tanto su competencia) sino a los deberes de *cooperación y asistencia judicial* de los Estados, de manera que subsistirían algunas inmunidades, pues el artículo 98.1 establece un régimen especial que limita el deber de entrega de esas personas. El artículo 27 obliga a la Corte en definitiva a no colocar a un Estado en una situación incómoda en la que tenga que violar, por mandato del Estatuto de la CPI, una obligación internacional relacionada con la inmunidad²⁶ que le

²⁴ En este caso, se defiende (GAETA, P., «Official...», *op. cit.*, pp. 982 y ss; en concreto, 994). De acuerdo con esta interpretación, la petición de la Corte de arresto o traslado debería ir precedida de una retirada de la inmunidad sólo en determinados casos (por ejemplo, cuando el Estado al que se pida esté obligado, *vis a vis* con un Estado no parte en el Estatuto a garantizar inmunidades al acusado), pero si esa obligación es respecto de otro Estado parte, la retirada de la inmunidad ya no sería necesaria. También son de esta opinión BOLLO AROCENA, M. D., «Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República Democrática del Congo c. Francia», *REDI*, vol. LVI, 2004, 1, pp. 91-127, p. 120.

²⁵ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional: la Corte Penal Internacional», *Crimen internacional y jurisdicción universal (el caso Pinochet)* (coord. por M. García Arán y D. López Garrido, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 225-272 (pp. 251-254); AKANDE, D., «International Law immunities and the International Criminal Court», *AJIL*, vol. 98, 3, 2004, pp. 407-433; CARNERERO, R., *La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 226 y 227 y también BROOMHALL, B., *International justice and the international Criminal Court: between sovereignty and the rule of law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 141.

²⁶ Es lo que defiende gran parte de la doctrina: así PROST, K. y SCHLUNCK, A., «Article 98», *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (ed. por O. Triffterer), Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 1131-1133.

incumba directamente. *Limita, pues, la cooperación, pero no supone una renuncia a retirar la inmunidad ni impide la jurisdicción de la Corte, que podrá esperar mejor coyuntura para ejercerla.* La CPI seguiría siendo competente para juzgar a esas personas y, de hecho, podrá hacerlo cuando las circunstancias cambien y lo permitan (por ejemplo, si se entregara él mismo o lo hiciera un Estado que renunciara a hacer valer el artículo 98)²⁷.

Las discusiones que respecto de la lectura conjunta de los dos artículos habían surgido se trasladarían por primera vez al plano práctico, como apunté, con el asunto Al Bashir, que sirvió además de precedente de actuación para el asunto Gaddafi. La cuestión, aparentemente sencilla, suscitó dudas en el primero de los casos, porque en este (como luego ocurriría con el de Libia) la jurisdicción de la Corte vino de la mano del Consejo de Seguridad y Sudán no era Estado Parte (recordemos que el artículo 27 sólo vincula a los Estados parte). ¿Se podría entonces aplicar en este caso la retirada de inmunidad del artículo 27.2 del Estatuto pese a no ser Estado Parte? La resolución 1593 (la que remitió la cuestión a la CPI) no lo recogía expresamente pero, ¿debería entenderse así?

La Sala de Cuestiones Preliminares se vio obligada a afrontar la cuestión al determinar si se daba curso a la orden de arresto contra el Jefe de Estado sudanés solicitada por el Fiscal²⁸, si bien no detalló la cuestión de la inmunidad con toda la extensión que hubiera sido deseable, limitándose a afirmar que la posición oficial del Jefe de Estado no tenía efecto sobre la jurisdicción en este

²⁷ Al respecto, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La progresiva institucionalización...», *op. cit.*, 225-272 y AKANDE, D., «International Law immunities and the International Criminal Court», *AJIL*, vol. 98, 3, 2004, pp. 407-433 y, del mismo autor, «The legal nature of Security Council referrals to the ICC and its impact on Al Bashir's immunities», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, 2009, pp. 333-352 (pp. 337 y ss.).

²⁸ En diciembre de 2008 el Fiscal de la CPI, Luis Moreno Ocampo, había resumido gráficamente ante el Consejo de Seguridad los delitos llevados a cabo por Al Bashir: «La evidencia demuestra que en marzo de 2003 el Presidente Al Bashir ordenó los ataques contra los Fur, Masalit y Zaghawa. Declarando «no quiero prisioneros ni heridos, sólo tierra arrasada», desencadenó ataques brutales en los pueblos y en los campos de personas desplazadas. Al menos 350.000 personas han sido asesinadas, alrededor de 300.000 sufrieron una muerte lenta, miles de mujeres y niñas son víctimas de violaciones, y miles de personas están en campos, hoy, sujetas a condiciones de vida calculadas para ocasionar su destrucción física» (*Prosecutor of the International Criminal court, Statement to the UNSC on the situation in Darfur, the Sudan, pursuant to UNSCR 1593 (2005)*, 3 December 2008. Para conocer en detalles los hechos que se atribuyen a los inculpadados, véase Octavo Informe del Fiscal de la Corte Penal Internacional al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de conformidad con la resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad (versión en español), disponible en www.icc-cpi.int)

asunto y basándose en varias cosas: en el Preámbulo del Estatuto de Roma, de donde se deduce que su objeto es poner fin a la impunidad; en el artículo 27.1 y 2 del Estatuto y, sobre todo, en el hecho (párr. 45) de que el que Sudán no sea Estado parte no cambia la consideración de la inmunidad, ya que la remisión del asunto a la Corte por el Consejo de Seguridad supone aceptar implícitamente cualquier actuación que pueda derivarse de esa acción²⁹ y, en definitiva, no hacer en este caso distinciones entre Estados parte y no parte.

Y de acuerdo con estas bases, afirmó lo siguiente:

«(...), a la luz de los materiales presentados por la Fiscalía en apoyo de su Solicitud y sin perjuicio de una posterior determinación de la cuestión de acuerdo con el artículo 19 del Estatuto, la Sala considera que la posición actual de Omar Al Bashir como Jefe de un Estado que no es parte en el Estatuto, no tiene efecto sobre la jurisdicción de la Corte en este caso»³⁰.

No ha sido esta, sin embargo, una afirmación ajena a la polémica y parte de la doctrina³¹ entendió lo contrario, que la mera remisión por el Consejo de Seguridad del asunto no cambia el hecho de que Sudán no sea un Estado Parte y que, por tanto, su Jefe de Estado continúa siendo inmune. Ciertamente, no casa bien la afirmación de la Corte de la imposibilidad de alegar la inmunidad respecto de un Estado no parte que hace prevalecer las disposiciones de un tratado que sólo se aplica a quienes han consentido sus disposiciones. No, a menos que admitamos que la remisión por el Consejo de Seguridad obligaba a

²⁹ «Cuarto, como la Sala ha subrayado recientemente en su Decisión sobre la Demanda bajo la norma 103 de 5 de febrero de 2009, reenviando la situación de Darfur a la Corte, de acuerdo con el artículo 13 b) del Estatuto, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha aceptado también que la investigación de dicha situación, así como cualquier procedimiento que emane de ella, tendrá lugar de acuerdo con el marco normativo previsto en el Estatuto, los Elementos de los Crímenes y las Normas en su conjunto» (Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decisión on the Prosecution's Application for a warrant o arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 de marzo de 2009, doc. ICC-02/05-01/09, Sala de Cuestiones Preliminares I).

³⁰ *Decision* Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decisión on the Prosecution's Application for a warrant o arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 de marzo de 2009, doc. ICC-02/05-01/09, Sala de Cuestiones Preliminares I, párr. 41. Pese a todo, la afirmación no estuvo exenta de polémica (sobre todo porque hace referencia expresa a un Estado «no parte». Las críticas doctrinales han sido muchas; *vid. ad. ex.* GAETA, P., «Does President Al Bashir enjoy immunity from arrest?», *JICJ*, vol. 7, 2009, pp. 315-332 [pp. 322 y ss.]).

³¹ WILLIAMS, S. y SHERIF, L., «The arrest warrant for President al-Bashir: immunities of incumbent heads of state and the International Criminal Court», *JICJ*, vol. 14, 1, 2009, pp. 71-92; en concreto, p. 80.

tratar este caso de manera diferente y con su conclusión la Corte parece darlo por sentado. Ahora bien, también es cierto que podemos entender que la remisión del Consejo de Seguridad sólo sirve para conferir una jurisdicción que el Tribunal, por no ser ni Sudán ni Libia Estados Parte, no tenían *a priori*³², pero que no puede servir para tratar igual en todo a un Estado que no es parte, sobre todo, como señalaré en el apartado siguiente, en lo que se refiere a la obligación de los Estados de cooperar para entregar a los culpables.

Siendo la inmunidad una cuestión de tanta trascendencia y que podría, como de hecho ha ocurrido, repetirse (Libia), lo lógico hubiera sido que la Sala en el asunto Al Bashir, que además rechazó contundentemente la inmunidad, le hubiese dedicado una especial atención, permitiendo así, al fin, perfilar los rasgos de los dos artículos controvertidos, pero aparte de lo recogido en las líneas anteriores, no le dedicó mucho más.

La Fiscalía interpuso un recurso acerca de la denegación³³ del cargo de genocidio contra Al Bashir el 10 de marzo de 2009 que fue estimado el 9 de febrero de 2010 por la Sala de Apelaciones, pero tampoco esta vez se incluyó reflexión alguna acerca de la inmunidad (aunque en honor a la verdad, tampoco el Fiscal la solicitó) lo que, para disgusto de algunos³⁴, se convirtió en una oportunidad perdida más de aclarar la situación. Es cierto que el artículo 27 deja poco lugar a disquisiciones sobre la naturaleza jurídica, pero ¿acaso el primer supuesto que se presentaba a la Corte no hubiera merecido algo más de atención, sobre todo porque las discusiones de la doctrina indicaban que el asunto era confuso? ¿Habría sido mucho pedir, por ejemplo, que la Corte afirmara, como ya hicieron otros tribunales internacionales antes que ella, la necesidad de que la inmunidad no suponga un impedimento al castigo de los autores de crímenes internacionales, y que la inmunidad nunca debería prevalecer porque es ya, además, un principio de carácter consuetudinario?. Sí, puede que resultara reiterativo y que fue ese convencimiento el que hizo que la redacción del artículo 27 sea tan tajante, pero no hubiera estado de más oírlo (leerlo) de pluma de la Corte.

³² Así, GAETA, P., «Does...», *op. cit.*, p. 324.

³³ Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Prosecution's application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc644001.pdf>

³⁴ AKANDE, D. («Should the ICC Appeals Chamber have made a decision on Bashir's immunity?», *EJIL Talk*, www.ejiltalk.org, entrada de 31 de febrero de 2010), que cree que la Sala podría (porque así se le permite) haberse pronunciado *motu proprio* sobre esta cuestión.

El asunto Gaddafi suponía una nueva oportunidad para la Corte de enmendarse, pero optó nuevamente por no dedicarle más de un párrafo y remitir a lo ya afirmado en el asunto Al Bashir:

«Desde el momento en que la situación en Libia ha sido remitida a la Corte por el Consejo de Seguridad actuando según el artículo 13 (b) del Estatuto, el caso actual entra en la jurisdicción de la misma a pesar del hecho de que se refiera a la presunta responsabilidad penal de nacionales de un Estado que no sea parte en el Estatuto y por crímenes que se hayan cometido en el territorio de un Estado que no sea parte en el mismo. En esta coyuntura, la Sala también pone de manifiesto que, de acuerdo con sus conclusiones en el asunto Al Bashir, la posición oficial de un individuo, sea o no nacional de un Estado parte o de un Estado no parte en el Estatuto, no tiene efecto sobre la jurisdicción de la Corte» (párr. 9).

La parquedad de la Corte es, sin duda, una vez más, criticable, sobre todo porque reflexionar sobre la figura de la inmunidad hubiera sido especialmente valioso tratándose esta de una cuestión sujeta aún a muchas dudas y jurisprudencia controvertida, pero acaso la rapidez con la que los jueces despacharon la cuestión nos sirva para afirmar que, sin lugar a duda alguna, las inmunidades de los altos cargos del Estado no excluyen la jurisdicción de la Corte, incluso si se trata de personalidades de un Estado no parte (como en los dos casos mencionados), porque la remisión por el Consejo de Seguridad impide hacer valer esas inmunidades³⁵.

2.2. *Cooperar o no cooperar: esa es la cuestión*

La resolución 1970 instaba a Libia a cooperar con la CPI, pero también a los Estados no Parte en el Estatuto de Roma y a las organizaciones regionales e internacionales competentes (párr. 5). De nuevo, la polémica estaba servida, porque también el Estatuto de Roma obliga, en efecto, a cooperar con la Corte en la investigación y enjuiciamiento de crímenes, pero sólo, claro está, a los Estados Parte (art. 86).

Como ya había ocurrido en el asunto Al Bashir, la intervención del Consejo de Seguridad iba a obligar a modificar algunas cuestiones. En el pro-

³⁵ Véase Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 de marzo de 2009, párrs. 40-41.

cedimiento contra el Jefe de Estado sudanés la Sala llevó la obligación de cooperación de los Estados a sus últimos extremos y transmitió tres órdenes solicitando el arresto del Jefe de Estado sudanés: la primera dirigida al Gobierno sudanés, la segunda a los Estados parte en el Estatuto y la tercera, contra todo pronóstico, a los miembros del Consejo de Seguridad que *no* fueran parte en el mismo³⁶.

¿Qué obligaciones implicaban estas órdenes para sus distintos destinatarios y, en especial, para los Estados que no habían ratificado el Estatuto? Los Estados Parte no suponían, *a priori*, problema alguno, pues estos tienen, efectivamente, la obligación de cooperar con la Corte y cumplir la petición de arresto y entrega, pero también, como señalé en el apartado anterior, deben cumplir sus obligaciones de inmunidad con los Jefes de Estado extranjeros, que reconoce el artículo 98.1. Sin embargo, esta vez, la ya de por sí enrevesada conjunción de los dos artículos (27 y 98) se complicaba aún más por la entrada en escena del Consejo de Seguridad, gracias al cual pudo remitirse la causa a la Corte. Si seguimos la tesis que consideré páginas atrás más razonable, el artículo 98 permite a los Estados liberarse de esa obligación de cooperar. Es decir, si Al Bashir viaja a un Estado Parte y este considera que tiene otras obligaciones (en virtud del Derecho Internacional o de un acuerdo) que le obligan a respetar las inmunidades, nada le obligaría a detenerlo (lo lógico sería que, dado que al ratificar dejó constancia de su compromiso en la lucha contra los criminales, lo hiciera, pero no hay, repito, obligación). Sin embargo, ¿cambia la intervención del Consejo de Seguridad esa afirmación? Sorprende y desilusiona comprobar que la Sala de Cuestiones Preliminares no mencionó siquiera el artículo 98³⁷ ni ha aclarado cómo resolver esta duda, pero la Fiscalía pareció tenerlo claro:

«Los Estados Parte en el Estatuto de Roma *tienen la responsabilidad de arrestar y entregar a cualquier acusado que viaje a sus territorio*; no hay inmunidad bajo el Estatuto de Roma. Los Estados Parte han adoptado una serie de iniciativas

³⁶ Doc. ICC-02/05-01/09-5, 5 de marzo de 2009, y docs. ICC-02/05-01/09-7 e ICC-02/05-01/09-8, 6 de marzo de 2009 (disponibles en <http://www.icc-cpi.int>). En los asuntos Ahmed Harun y Ali Kushayb, otros dos acusados por crímenes en Darfur, la Sala solicitó que la petición de arresto se transmitiera a cuatro Estados no parte: Egipto, Eritrea, Etiopía y Libia (ICC decisión on the prosecution application under art. 58 [7], ICC-02/05-01/07.1).

³⁷ Así opina AKANDE, D., «Who is obliged to arrest Bashir?», *EJIL Talk* (www.ejiltalk.org), entrada de 13 de marzo de 2009.

a este respecto; algunos han reafirmado públicamente sus obligaciones para el caso de que los acusados optaran por viajar a sus territorios»³⁸ (cursiva añadida)

Parece por tanto que la interpretación del Fiscal no deja lugar a dudas: la obligación de cooperar es absoluta, sin que sea posible alegar inmunidad alguna para sortearla. Y dos actuaciones posteriores de la Sala de Cuestiones Preliminares lo confirman: cuando Kenia y Chad, Estados parte, en clara afrenta al Estatuto, invitaron en julio y agosto de 2010 al Presidente sudanés a su territorio, la reacción de la Corte no dejó lugar a dudas: el 27 de agosto adoptaba, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 87.7 del Estatuto, sendas decisiones informando al Consejo de Seguridad y a la Asamblea de los Estados Parte al respecto. El 12 de mayo de 2011 emitía la tercera, esta vez por la visita que hacía a Djibouti (también Estado Parte³⁹) cuatro días antes. En ellas (su texto es prácticamente idéntico) se pone de manifiesto la obligación de cooperar en la ejecución de las órdenes de arresto pero, y esto es lo importante, no por el hecho de ser un Estado parte sino en virtud de la resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad⁴⁰. Luego la obligación de cooperar en la entrega de un Jefe de Estado por un Estado Parte existe, sin que se sea posible recurrir al artículo 98, por la intermediación de una resolución del Consejo de Seguridad.

El problema principal que se planteaba en el asunto Al Bashir se refiere a los Estados que *no* habían ratificado el Estatuto. A ellos no afecta la obligación de cooperar con la Corte, con lo que Al Bashir sería un Jefe de Estado extranjero en plena posesión, por tanto, de las inmunidades que su posición otorga.

Nuevamente las características específicas del asunto sobre Darfur y el hecho de que fuera el Consejo de Seguridad el que instara al Fiscal a iniciar el caso *nos obligan a ampliar la reflexión en un intento de determinar si también este punto fue modificado por la remisión del asunto por Consejo de Seguridad*. Para

³⁸ Statement to the United Nations Security Council on the situation in Darfur, the Sudan, pursuant to UNSCR 1593 (2005), 5 de junio de 2009, párr. 24 (disponible en <http://www.icc-cpi.int/NR/exeres/82166854-D186-4B37-8393-FEDD19EB8CEC.htm>)

³⁹ <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1057120.pdf>

⁴⁰ La de Chad establecía lo siguiente (en términos similares se expresaba la de Kenia): teniendo presente que la República del Chad tiene la clara obligación de cooperar con la Corte en relación con la ejecución de dichas órdenes de detención, que surge tanto de la resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la cual el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas «exhort[ó] a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que cooper[aran] plenamente» con la Corte, como del artículo 87 del Estatuto de la Corte, del que la República del Chad es Estado Parte».

intentar hallar una respuesta y determinar el valor de las resoluciones del Consejo en este punto, podemos recurrir en este caso a lo expresado por la CIJ en el *asunto sobre la Convención sobre el Genocidio* de 2007:

«la cuestión sobre si debe considerarse que el demandado (Serbia) ha aceptado la jurisdicción del TPIY en el sentido del artículo VI debe por tanto formularse de la siguiente manera: ¿está el demandado obligado a aceptar la jurisdicción del TPIY y a cooperar con el Tribunal en virtud de la resolución del Consejo de Seguridad que lo estableció o de alguna otra norma del Derecho Internacional?»⁴¹.

La condena que recibió Serbia confirma que la Corte entendió que sólo cabía una respuesta afirmativa a esta pregunta. Es decir, podríamos afirmar que un Estado tercero no tendría obligación de cooperar (arrestar y entregar) a Al Bashir a menos que existiera una resolución del Consejo de Seguridad u otra norma del Derecho Internacional que así lo indicara. ¿La hay? La resolución 1593 obligaba a Sudán y a los Estados en general a cooperar con la CPI acerca de la situación en Darfur (párr. 2 *ab initio*) y otro tanto hacía la resolución 1970 sobre Libia. Esto podría llevarnos a pensar que ya hay solución para el interrogante: si es el Consejo de Seguridad el que entiende que el asunto es tan grave que, aun no siendo esos Estados parte en la CPI ésta debe conocer de la cuestión y si pide colaboración a los Estados lo lógico sería pensar que esa es la base por la que incluso terceros Estados estarían obligados a cooperar (igual que lo estarían, según vimos en la sentencia de la CIJ, Estados terceros con el Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia, porque este se creó mediante una resolución del Consejo de Seguridad). Si además existen, en el caso Al Bashir, tres órdenes de la Secretaría de 5 de mayo de 2009 dirigidas contra Sudán, los Estados Parte en la CPI y los miembros del Consejo de Seguridad que *no* sean miembros del Estatuto, de arresto y entrega de Al Bashir⁴², la idea parece confirmarse. Es más, la Sala en el asunto Gaddafi (27 de junio de 2011) decide que deberán prepararse solicitudes de cooperación que garanticen el arresto a los Estados Parte en el Estatuto, a los Estados vecinos de Libia y a los Estados miembros del Consejo de Seguridad que no sean parte en el Estatuto. Y, sin

⁴¹ Párr. 446. Recordemos que el artículo VI es el que establece que los acusados de genocidio pueden ser juzgados ante el tribunal competente del Estado en el que se cometió o ante la corte penal competente respecto de aquellas partes que hayan reconocido su jurisdicción.

⁴² Docs. ICC-02/05-01/09-5; ICC-02/05-01/09-7 y ICC-02/05-01/09-8, respectivamente.

embargo, la propia resolución 1593 parece dar al traste con esta reflexión al establecer que «reconoce que los Estados que no son parte en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna con arreglo a dicho Estatuto» en lo que se refiere a cooperación, pese a lo cual les *exhorta* (pero sólo eso) a ponerla en práctica (párr. 2 *in fine*) e idéntico párrafo se observa en la resolución 1970 sobre Libia (párr. 5).

Planteada así la cuestión, parece que ambas resoluciones deberían ser consideradas como aquellas que, simplemente, permitieron la entrada en el terreno de juego de la Corte Penal Internacional, pero no ir más allá. Si se hubiera querido que así fuera para que los Estados terceros tuvieran de verdad obligación de entregar a Al Bashir, ¿no hubiera introducido el Consejo de Seguridad, tan cuidadoso como acostumbra a ser en temas especialmente delicados, alguna línea que nos permitiera afirmar que así debía ser? Es más, cuando asomaron las primeras dudas, ¿no hubiera debido aprobar una resolución para zanjar el asunto? Ni lo uno ni lo otro ha tenido lugar, de manera que sería arriesgar demasiado el poner en boca del Consejo de Seguridad propósitos para los que nunca se mostró realmente dispuesto⁴³.

Por otro lado, los informes enviados al Consejo de Seguridad y a la Asamblea de Estados Parte sobre el incumplimiento de la orden de arresto de Al Bashir afectan sólo a tres Estados parte (Kenia, Chad y Djibouti). Los tres han ratificado el Estatuto de Roma, pero Al Bashir visitó varios Estados no parte (Eritrea el 24 de marzo, Egipto el 25 de marzo, Libia el 26 de marzo, Qatar el 30 de marzo y Arabia Saudí el 1 de abril de 2009⁴⁴) y en estos casos no se aprobaron decisiones similares, con lo que parece que no es lo mismo viajar a un Estado Parte que a uno que no lo es y que la obligación de cooperar no atañe a estos por más que exista de por medio una resolución del Consejo de Seguridad. La cuestión, se habrá observado, no es de fácil solución y las dudas aquí planteadas han consumido también a la doctrina, como demuestran las discusiones que se suscitaron tras la orden de arresto⁴⁵. *Si estas son las conclusiones, ¿por qué se dictó una orden de arresto dirigida a los Estados no parte?*

⁴³ La doctrina es nuevamente clara en este sentido: AKANDE, D., «The legal nature...», *cit.*, p. 344 y GAETA, P., «Does...», *cit.*, pp. 327 y ss.

⁴⁴ Sobre esta cuestión, CHRISPIN, M., «Some remarks on the legal implications of foreign visits by Sudanese President Omar Al Bashir after the ICC arrest warrant», *EJIL Talk* (www.ejiltalk.org), entrada de 11 de mayo de 2009.

⁴⁵ D. AKANDE hace una interesante exposición de esta cuestión («Who is obliged to...», *op. cit.*).

Las dudas suscitadas obligaban a mirar a Libia y los pasos que se dieron en busca de respuestas que confirmaran cuál era la salida correcta. En su solicitud de una orden de arresto, el Fiscal se limitó, a diferencia de lo acontecido en el caso Al Bashir, a solicitar que, de ser admitida la petición de la orden de arresto, la Corte transmitiera exclusivamente la petición a las autoridades libias⁴⁶, precisando lo siguiente:

«65. La Oficina considera que, si su solicitud es concedida y la Corte procede a dictar órdenes de arresto, la Corte debería transmitir exclusivamente una petición de arresto de los sospechosos a las autoridades libias.

66. ... Dirigir una solicitud en este momento a otros Estados en cuyo territorio, de acuerdo con la información disponible, no se encuentren los sospechosos sería superfluo y contrario al plan previsto en la Parte 9.

67. La sumisión a los Estados de peticiones en abstracto, sin base concreta, sería contraria a la naturaleza específica del proceso de asistencia judicial tal y como se ha previsto en la Parte 9 del Estatuto y tal y como, por ejemplo, se produce entre los Estados en cuestiones de asistencia jurídica mutua a nivel interestatal. Según la experiencia de la Fiscalía enviar solicitudes a Estados que no puedan cumplirlas, por la ausencia de hechos decisivos que les impidan su ejecución, puede provocar incertidumbre en ese Estado sobre el fin de la petición, y puede llevarle a dirigirse al órgano solicitante para averiguar si tiene alguna información que apoyara la petición, o pudiera llevarle a cuestionarse la conformidad jurídica de la misma o rechazar la petición»⁴⁷.

La orden de arresto se dirige de manera exclusiva, por tanto, a las autoridades libias, justificándola en atención a lo superfluo de emitirla en otros Estados a sabiendas de que los sospechosos no se encuentran allí. La postura que ahora adopta el Fiscal es totalmente diferente, por tanto, a la seguida en el asunto Al Bashir⁴⁸, en el que la orden de arresto se dirigió a todos los Es-

⁴⁶ Véase párr. 65, Prosecutor's Application pursuant to article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif al Islam Gaddafi and Abdulla Al Senussi, doc. ICC-01/11, 16 de mayo de 2011.

⁴⁷ Situación en la Jamahiriya Árabe Libia, Solicitud del Fiscal según el artículo 58 referente a Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi, n° ICC-01/11, 16 de mayo de 2011, disponible en <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1073503.pdf>

⁴⁸ Y alguien ha apuntado que incluso parece sugerir que lo que se hizo en el asunto Al Bashir es contrario al Estatuto (AKANDE, D., «The ICC Prosecutor requests an arrest warrant for Gaddafi immunity sigues and questions about the State of the Libyan armed conflict», *Ejil Talk* [www.ejiltalk.org], entrada de 23 de mayo de 2011).

tados Partes y a los no parte que fueran miembros del Consejo de Seguridad y limita las posibilidades de capturarlo si decidiera abandonar Libia, pues no habría entonces obligación de hacerlo. ¿Por qué obró así la Fiscalía si en este caso también hubo una resolución del Consejo de Seguridad (la 1970 de 17 de marzo de 2011) que remitió la causa a la Corte? ¿Fue un reconocimiento implícito de los errores cometidos en el asunto Al Bashir al dirigir órdenes de arresto contra Estados no parte?

Sin embargo, la Sala de Cuestiones Preliminares, en su decisión de 27 de junio de 2011, decidía que la petición de cooperación para la orden de arresto debería dirigirse

«a las autoridades libias competentes de acuerdo con la norma 176,2 de las Reglas y a (i) todos los Estados Parte en el Estatuto; (ii) todos los Estados vecinos de Libia y a (iii) a los miembros del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que no sean parte en el Estatuto».

Se decantaba, en definitiva, por lo que se había hecho en el asunto Al Bashir. Es decir, las dudas persisten y la Corte no las aclara, pero en tanto cuanto reincide a la hora de solicitar cooperación a los Estados no parte, debemos entender que comienza a sentar precedentes. Cuestión distinta será que si algún Estado no parte no colabora pueda exigírsele. No creo que sea factible, porque no se hizo en el asunto Al Bashir y porque, además, habría pocas maneras de llevarlo a cabo. Las *amonestaciones* están previstas para los Estados parte, pero no para los que no lo son.

De momento, el presidente sudanés sigue disfrutando de su cargo y privilegios en Sudán y aunque las órdenes de arresto seguramente le habrán obligado a limitar sus viajes⁴⁹, no le han coartado su libertad de movimiento por países africanos amigos. Muerto Gaddafi, la CPI se tendrá que limitar a actuar contra su hijo, cuya suerte será seguramente peor que la del sudanés. Con todo, no hay, de momento al menos, orden concreta en el caso libio. De hecho, las dadas para Sudán (incluida la dirigida contra los Estados no parte en

⁴⁹ Por ejemplo, en la cumbre contra el Cambio Climático celebrada en 2010 en Copenhague, Dinamarca cursó invitación para el Jefe d Estado sudanés. Ante las críticas, Dinamarca argumento que lo hacía de manera automática con todos los Jefes de Estado, pero que era consciente de su deber de cumplir con las órdenes de la CPI. Al Bashir, lógicamente, no viajó a la ciudad danesa (AKANDE, D., Denmark invites Sudanese President Bashir to Climate Change Conference», *EJIL Talk* (www.ejiltalk.org), entrada de 19 de noviembre de 2009).

el Estatuto) se registraron en los dos días siguientes a la orden de arresto, pero nada similar consta en el caso libio. ¿Nueva constatación del posible error cometido?

III. ESCAPAR A LA JURISDICCIÓN

El párrafo 6 de la resolución 1970 introduce una precisión respecto de la aplicación de la resolución que supone una vía de escape a la jurisdicción de la Corte:

«[El Consejo de Seguridad] decide que los nacionales, los ex funcionarios o funcionarios o el personal de un Estado que no sea la Jamahiriya Árabe Libia y no sea parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional quedarán sometidos a la jurisdicción exclusiva de ese Estado respecto de todos los presuntos actos u omisiones derivados de operaciones en la Jamahiriya Árabe Libia establecidas o autorizadas por el Consejo o relacionados con ellas, a menos que ese Estado haya renunciado expresamente a la jurisdicción exclusiva».

Se trataba de una precisión, entiendo, que una vez más demuestra que la Corte, pese a los avances, aún no ha logrado hacerse de querer en todos los Estados. No era, sin embargo, la primera vez que encontrábamos esa excepción, pues la resolución 1593 (2005) también la recogía para el asunto de Darfur.

La excepción a la jurisdicción de la Corte despertó los recelos de algún Estado⁵⁰ pero en el caso libio se han suscitado problemas que no surgieron para el sudanés, a consecuencia de la intervención armada que se produjo en el primero. El párrafo encierra una cláusula de salvaguarda de Estados que no han ratificado el Estatuto de la CPI y no quieren ver a sus nacionales teniendo que rendir

⁵⁰ Brasil, por ejemplo, que en las intervenciones que con motivo de la aprobación de la resolución tuvieron lugar en el Consejo de Seguridad declaraba su «fuerte reserva» respecto del mencionado párrafo, al tiempo que reiteraba su «firme convicción de que las iniciativas destinadas a hacer exenciones respecto de ciertas categorías de personas de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional no ayuda a promover la causa de la justicia y la rendición de cuentas y no contribuirán a fortalecer la función de la Corte» (doc. S/PV.6491, 26 de febrero de 2011, p. 7. También lo hizo en la aprobación de la resolución 1593 (2005), tal y como consta en el doc. SC/8351, de 31 de marzo de 2005.

cuentas, en el caso de Libia, por acciones derivadas de la intervención en el país a consecuencia de las medidas previstas en la resolución 1970. Ahora bien, la duda que los acontecimientos posteriores a la aprobación de la resolución hicieron surgir es la de si esa exclusión se limita a las medidas de aplicación de la resolución 1970 o también afectaría a las de la 1973. No es la cuestión baladí, teniendo en cuenta que la mayoría de medidas de carácter más contundente han derivado de la última y considerando quiénes serían en este caso los Estados afectados. Sudáfrica se encargó, de hecho, de recordarlo expresamente, precisando además que la exclusión de la jurisdicción del párrafo 6 reproducido se limita a las acciones establecidas o autorizadas por el Consejo de Seguridad, «por lo tanto, las acciones que no estén comprendidas en la resolución 1973 (2011) no deberán beneficiarse de la protección que ofrece la salvedad»⁵¹, lo que supone que si un nacional de un Estado parte en el Estatuto comete alguno de los crímenes bajo la jurisdicción de la CPI podrá ser llevado ante la misma (si es que su Estado, claro está, no ha hecho uso del principio de complementariedad).

Nuevamente, la mediación del Consejo de Seguridad obliga a ir más allá en algunos razonamientos respecto de este punto: ¿deberían también responder ante ella los nacionales de los Estados no parte por la comisión de delitos no amparados por la exclusión del párrafo 6 (es decir, acciones fuera del ámbito de la resolución), por ser una remisión del Consejo? La cuestión es sin duda importante, sobre todo porque resulta dudoso que algunas de las acciones llevadas en Libia (dotar de armamento a los rebeldes⁵², ataques no justificados por no ir directamente encaminados a la protección de la población civil) se ajusten a la letra de las resoluciones aprobadas en el Consejo. Esa es sin duda la razón por la que Sudáfrica solicita expresamente al Fiscal que examine, al valorar las pruebas, todos los actos que se puedan haber cometido como parte de la presunta aplicación de la resolución 1973.

Sólo contra los tres nacionales libios se ha iniciado una investigación. No sabemos, por tanto, si en la lista de sospechosos del Fiscal se habrá incluido algún otro nombre. Las últimas noticias indican que ya podría haber investigaciones sobre las conductas llevadas a cabo por los otrora rebeldes⁵³ y la práctica

⁵¹ Doc. S/PV.6528, p. 12.

⁵² Recordemos que Francia admitía este hecho a principios de julio de 2011, tal y como recogió la prensa del momento.

⁵³ Una declaración de la Alta Representante de la Unión Europea Para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, de 14 de septiembre de 2011 (doc. A 257/11), señalaba que informes recientes

confirma que, hasta día de hoy, ante la Corte se han sentado representantes de las diversas partes en las contiendas de las que ha conocido. Si esa sigue siendo la tónica, puede incluso que algún miembro del recién estrenado Gobierno de Transición Nacional pudiera ser investigado. ¿Se atreverá la Corte a ir más allá? ¿Y osará iniciar investigaciones también sobre no nacionales libios? La condición de miembros permanentes de los Estados que pudieran resultar afectados en ese caso hace que no sea muy probable. ¿Es la justicia, pues, realmente igual para todos?

IV. LOS DESAFÍOS A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Gracias a la labor intercesora del Consejo de Seguridad, la CPI ha perfeccionado su lucha contra la impunidad e iniciado tanto en Sudán como en Libia procedimientos contra nacionales de Estados no parte en el Estatuto de Roma. Sin embargo, el filtro previo del Consejo de Seguridad no ha conseguido que las decisiones sean del agrado de todos ni que las actuaciones de la Corte hayan sido puestas en duda por algunos. Las peores reacciones ante las órdenes de arresto de los dos gobernantes han venido de países de su entorno o de organizaciones regionales a las que pertenece, fundamentalmente de la Unión Africana (UA)⁵⁴.

En el asunto Al Bashir algunos Estados de la UA han llegado incluso a presionar, al Consejo de Seguridad para obtener de él, sin éxito, una suspensión del procedimiento conforme al artículo 16 del Estatuto⁵⁵. Más preocupante aún

indicaban que las dos partes en el conflicto habían cometido crímenes y que tales prácticas debían parar de manera urgente. Especial hincapié se hacía en la situación de la población subsahariana y negra de Libia, objeto de persecución por parte de los rebeldes, que la acusan de pro-gadafistas.

⁵⁴ Aunque también, acaso más tímidamente, de la Liga de Estados Árabes. En el primero de los casos (Al Bashir) las dos se opusieron claramente desde que se hizo público el inicio de investigaciones, sobre todo la UA (*BBC News*, 21 de julio de 2008). Un día después del anuncio realizado por el fiscal, el Ministerio de Asuntos Exteriores de Tanzania, que preside actualmente la UA, calificó de «prematura» dicha actuación, alertando de que este paso «tendrá graves consecuencias negativas para los esfuerzos hacia una solución duradera [del conflicto] y complicará la seguridad en el terreno» (AU urges ICC to give peace process a chance», *AU Monitor*, <http://www.pambazuka.org/aumonitor/comments/1544>).

⁵⁵ Art. 16: «En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pide a la Corte que suspenda por un plazo que no podrá exceder de doce meses la investigación o el enjuicia-

es que Rusia y China⁵⁶ mostraran su apoyo a esta iniciativa, pero afortunadamente la posibilidad nacía con escasos visos de éxito, pues poco probable era que miembros permanentes como Francia, EEUU o Reino Unido, que se habían mostrado públicamente partidarios del arresto, dieran marcha atrás.

La tensa relación existente con la UA no le hace favor alguno a la CPI y ha llegado incluso a amenazar el texto vigente de su Estatuto. En junio de 2009 los Estados africanos parte en él se reunieron en Addis Abeba⁵⁷ para intercambiar puntos de vista acerca de las relaciones del tribunal con el continente. Meses más tarde (noviembre de 2009), en la Cumbre Ministerial de los Estados africanos parte en el Estatuto de la Corte⁵⁸ se llegó incluso a recomendar que el artículo 16⁵⁹ se enmendara para permitir que la Asamblea General de las Naciones Unidas solicitara las suspensiones de las investigaciones y persecuciones que la Corte lleva a cabo, en un claro intento de sortear el Consejo de Seguridad, en el que los Estados africanos tienen menos poder de maniobra. La enmienda contemplaba lo siguiente:

«Ninguna investigación o enjuiciamiento comenzará o será iniciada bajo este Estatuto durante un periodo de 12 meses después de que el Consejo de Seguridad, en una resolución adoptada bajo el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, lo ha solicitado a la Corte a tal efecto; esa petición puede ser renovada por el Consejo bajo las mismas condiciones.

miento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones». Los intentos de la UA se materializaron en la reunión de Estados africanos parte en el Estatuto de Roma (8-9 de junio de 2009) y se reafirmaron en la Cumbre celebrada en Kampala en julio de 2010 (Doc. Assembly/AU/13/(XIII), 13ª sesión ordinaria de la UA. Sobre la cuestión, véase AKANDE, D.; DU PLESSIS, M. y CHERNOR JALLOH, C., *An African expert study on the African Union concerns about article 16 of the Rome Statute of the ICC*, Institute for Security Studies, 2010, disponible en http://www.iss.co.za/uploads/PositionPaper_ICC.pdf).

⁵⁶ China fue de los primeros Estados en anunciar que estaba buscando fórmulas para bloquear la actuación de la CPI (BBC News, 15 de julio de 2008).

⁵⁷ En virtud de una decisión de la Asamblea de la Unión Africana (Assembly/AU/Dec. 221 [XII], febrero 2009).

⁵⁸ *Recommendations of the Ministerial Meeting on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 6 November 2009, Min/ICC/Legal/Rpt. (II), disponible en <http://www.ccpau.org/Portals/0/xyznws/Rep.%20Conf%20ICC%20Ministerial.pdf>.

⁵⁹ «En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pide a la Corte que suspenda por un plazo que no podrá exceder de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones»

Un Estado con jurisdicción sobre una situación ante la Corte puede solicitar al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que prorrogue una cuestión ante la Corte (...)

Cuando el Consejo de Seguridad no puede decidir sobre la petición por el Estado referido en seis meses desde la recepción de la solicitud, el Estado solicitante puede pedir a la Asamblea General de las Naciones Unidas que asume la responsabilidad del Consejo de Seguridad bajo el párrafo 1 de acuerdo con la resolución 377 (V) de la Asamblea General de las Naciones Unidas».

La intención era clara: salvar los obstáculos que el reducido Consejo de Seguridad y sus vetos pueden suponer para los Estados africanos acudiendo en su lugar a la Asamblea General, donde son más fuertes. La fecha en la que se formuló impidió que pudiera llevarse de manera formal a la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma celebrada en Kampala en julio de 2010, pero sí se presentó a la Asamblea de Estados Partes (8ª sesión) y en marzo de 2010 este órgano decidía retrasar su consideración a la novena sesión en diciembre de 2010⁶⁰ donde aunque la propuesta fue debatida⁶¹, para sorpresa de los asistentes, los Estados africanos intervinieron mínimamente en apoyo sus peticiones⁶².

La decisión de los Estados de la Unión Africana de no cooperar con la Corte en el arresto de Al Bashir sí se reiteró en Kampala⁶³, basándose en las inmunidades que supuestamente amparan al sudanés. Incluso algún Estado (Kenia, al que recordemos Al Bashir ha viajado sin que ni esposas ni órdenes de detención le esperaran en el aeropuerto) ha criticado duramente a la CPI

⁶⁰ O, al menos, entre los documentos de esa sesión no aparece ninguno relacionado con la cuestión (pueden consultarse en <http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/>). Sobre la postura africana, véase AKANDE, D.; DU PLESSIS, M. y CHERNOR JALLOH, C., *An African expert...*, *op. cit.*

⁶¹ No con profundidad, por razones de tiempo. Se discutió sobre todo respecto de la manera por la que el Grupo de Trabajo sobre enmiendas las consideraría y finalmente se decidió celebrar reuniones entre las sesiones para discutir las con mayor detenimiento. Véase AKANDE, D., «ICC Assembly of States Parties discusses possible amendments to ICC Statute», *Ejil Talk* (www.ejiltalk.org), entrada de 18 de diciembre de 2010.

⁶² La división existente entre los propios miembros de la UA (que es uno de sus peores lastres) respecto de la cuestión es señalada como causa para ello (AKANDE, D., «ICC Assembly of...», *op. cit.*).

⁶³ Assembly/AU/Dec.296 (XV), disponible en [http://www.africa-union.org/root/UA/Conferences/2010/juillet/Summit_2010_b/doc/DECISIONS/Assembly%20AU%20Dec%20289-330%20\(XV\)%20_E.pdf](http://www.africa-union.org/root/UA/Conferences/2010/juillet/Summit_2010_b/doc/DECISIONS/Assembly%20AU%20Dec%20289-330%20(XV)%20_E.pdf).

por lo que considera un complot urdido contra los Estados africanos⁶⁴ y ha intentado, incluso, una retirada del Estatuto de Roma⁶⁵.

En la 17ª Cumbre de la UA⁶⁶ (Malabo, 23 de junio-1 de julio de 2011), ya con el procedimiento contra Libia iniciado, la Asamblea General insistía en la necesidad de seguir explorando vías para lograr que las peticiones hechas al Consejo de Seguridad de dilatar el procedimiento contra Al Bashir (vía artículo 16 del Estatuto de Roma) se lleven a cabo y solicitaba a los Estados africanos del Consejo de Seguridad que llevaran la cuestión a la agenda del Consejo, aunque por otro lado condenaba la actitud de Chad, Kenya y Djibouti por haber recibido al presidente sudanés incumpliendo el artículo 98 del Estatuto de la Corte.

La oposición a la CPI como instancia judicial se confirmó con la decisión tomada respecto de la situación libia, pues la Asamblea, en el entendido de que la orden de arresto complicaba la búsqueda de una solución política a la crisis, decidía que los Estados miembros de la organización tampoco cooperaran en la ejecución de la orden de arresto de Gaddafi y solicitaba nuevamente al Consejo de Seguridad que activara el artículo 16 del Estatuto de Roma para dilatar el proceso.

La unanimidad con la que se aprobó la resolución 1970 indica que la respuesta del Consejo a esta petición sería idéntica a la del asunto Al Bashir, pero no deja de ser inquietante la insistencia de la Unión Africana en socavar las potestades de la Corte, sobre todo cuando se trata de órdenes de arresto a sus gobernantes y obviando, además, que son asuntos iniciados por una resolución del Consejo de Seguridad y de naturaleza, por tanto, vinculante.

Se plantea, por otro lado, otra cuestión. Si las decisiones de la Asamblea de la UA se consideraran obligatorias para sus Estados miembros, estos se encontrarían en un grave disyuntiva: ¿cumplir lo establecido por esa organización o seguir las instrucciones (cooperar para arrestar a Al Bashir y Gaddafi)

⁶⁴ Efectivamente, son siete (no pocas) las causas abiertas contra Estados africanos en la Corte, pero habría que recordar a Kenia que de cuatro de ellas se está conociendo porque los propios países las han sometido. En la abierta contra este Estado se critican los cargos contra Jomo Kenyatta, considerado el padre de la nación.

⁶⁵ Aprobó una resolución en su Parlamento con tal fin el 22 de diciembre de 2010 (<http://www.afriqueavenir.org/en/2010/12/23/kenyan-parliament-passes-motion-to-withdraw-country-from-icc/>).

⁶⁶ Disponibles en http://www.au.int/en/summit/sites/default/files/17th%20SUMMIT_-_DECISIONS_DECLARATIONS_and_RESOLUTIONS_-_eng%20FINAL.pdf

de la CPI? En principio, no hay previsión expresa acerca de la naturaleza vinculante o no de las decisiones en el Acta Constitutiva de la UA, pero el artículo 23 describe las consecuencias que para los Estados suponen su incumplimiento⁶⁷ y, por otro lado, el texto de la Decisión adoptada en julio es contundente: la Asamblea «reitera la decisión de los Estados Miembros de la UA de no cooperar con la CPI en el arresto y entrega del Presidente Al Bashir de Sudán».

La cuestión es delicada porque ambos argumentos cuentan con detractores y defensores y ni la resolución 1593 (2005) ni la 1970 (2011), obligan *stricto sensu* a los Estados a cooperar con la Corte. La reputación del tribunal queda en entredicho y, en los dos casos mencionados, la crisis de legitimidad salpica incluso al Consejo de Seguridad, porque ni siquiera bajo un mandato de este los Estados han visto a la Corte con buenos ojos.

De momento, las afrentas de los Estados africanos no han herido de muerte a la CPI, pero obligan a ser cuidadoso⁶⁸, pues una generalización de este tipo de conductas nada bueno podría acarrear. Lo peor de todo es que el Consejo de Seguridad ha callado cuando estas situaciones se han producido y, no ha aprobado ya no una resolución, sino ni siquiera un simple comunicado para mostrar su apoyo a la Corte, como tampoco se ha pronunciado respecto de la información de incumplimiento de los deberes de cooperación de Kenia, Chad y Djibouti en el asunto Al Bashir que la Sala de Cuestiones Preliminares le hizo llegar. Que el Consejo de Seguridad remita casos a aquella pero que luego no sea capaz de llevarlos a sus últimas consecuencias podría hacernos pensar que esa estrategia es, simplemente, un lavado de manos y no un compromiso real.

En el asunto libio, el Fiscal ponía de manifiesto en su Primer Informe al Consejo de Seguridad (4 de mayo de 2011)⁶⁹ que hasta esa fecha el apoyo de los Estados Partes como de los no partes había sido extraordinario y que se había dado cumplimiento a todas las solicitudes de asistencia cursadas. Pero eso fue antes de que la UA hiciera pública su postura y diera alas a los Estados amigos del dictador, que tendrían ya la excusa perfecta para acogerle, sobre

⁶⁷ Sanciones como paralización del transporte y comunicaciones con otros Estados y medidas política y económicas que la Asamblea decida (el Acta puede consultarse en http://www.africa-union.org/root/au/aboutau/constitutive_act_en.htm).

⁶⁸ Sobre esta cuestión, OETTE, L., «Peace and justice, or neither?, The repercussions of the Al Bashir case for international criminal justice in Africa and beyond», *JICJ*, vol. 8, 2010, pp. 345-364.

⁶⁹ Disponible en www.icc-cpi.int

todo aquellos que no son parte en el Estatuto de Roma. Sólo el devenir de los acontecimientos mostrará cómo reaccionan los Estados ante las órdenes de arresto contra los nacionales libios.

Sería sin embargo injusto generalizar y afirmar que todos los Estados africanos sienten lo mismo respecto de la Corte: algunos (Sudáfrica) han aprobado legislación interna que les obliga a cooperar con ella y otros se han sometido voluntariamente a su jurisdicción (República Democrática del Congo, Uganda, República Centroafricana y Costa de Marfil). Pero, como un experto en esta cuestión (Dapo Akande) ha agudamente señalado⁷⁰, es cierto que a la vista de los hechos, los Estados africanos parecen apoyar decididamente a la Corte cuando se trata de perseguir rebeldes o agentes no estatales y no tanto cuando se trata de miembros de sus Gobiernos, sin importarles que las actuaciones provengan o no de una resolución del Consejo de Seguridad. Casualidad o no, muestra la necesidad de tratar a estos Estados con un mimo especial (pero sin incurrir en arbitrariedades) si queremos que la Corte perviva.

Todas estas dudas ponen de manifiesto, en definitiva, que contar con el mayor número posible de Estados a favor de la causa de arresto de los culpables no es una cuestión de mera presión internacional sino la única manera efectiva de lograr la comparecencia de los acusados ante la Corte⁷¹. Si algo han

⁷⁰ AKANDE, D., «Africa and the International Criminal Court», *EJIL Talk* (www.ejiltalk.org), entrada de 8 de junio de 2009.

⁷¹ Entre los Estados tradicionalmente reticentes al ejercicio de su jurisdicción desde la redacción de su Estatuto en 1998 figura Estados Unidos que, sin embargo, en clara ruptura con esta posición, en ningún momento se ha negado a que fuera la Corte la encargada de enjuiciar a los criminales sudaneses, habiendo sido además el más claro partidario (como ya hemos adelantado más de una vez) de que los hechos se calificaran de genocidio. Llama la atención la prontitud con la que alegó esta figura, sobre todo si recordamos cuán reacio fue a hacerla en unos sucesos, los de Ruanda, en los que no había lugar a dudas. Sobre las razones políticas para hacerlo así, HEINZE, E. A., «The rhetoric of genocide in US Foreign policy: Rwanda and Darfur compared», *Political Science Quarterly*, vol. 122, n° 2, 2007, pp. 359-383. Su tradicional oposición a la Corte hacía pensar que haría valer su veto cuando se barajó la posibilidad de que fuera el Consejo de Seguridad el encargado de remitir la cuestión a ese tribunal, pero sorprendentemente prefirió optar por la abstención. Ahora bien, limitó su cooperación con la Corte de la siguiente manera al declarar cuando emitió su voto lo siguiente: «reconociendo que los Estados no parte no tienen obligación alguna ante el Estatuto de Roma, la resolución reconoce y acepta que la capacidad de algunos Estados de cooperar con la investigación de la CPI se restringirá en relación con el derecho nacional aplicable. Para los Estados Unidos, estamos restringidos por el Estatuto de EEUU... A prestar asistencia y apoyo a la CPI» (USUN Press Release. Explanation of vote by Ambassador Anne W. Patterson, Acting US Representative to the United Nations, on the Sudan

demostrado las órdenes de arresto dictadas contra Al Bashir es cuán importante resulta la cooperación entre Estados Parte para castigar a los culpables y garantizar su funcionamiento efectivo: se pueden iniciar procedimientos, investigaciones y dictar órdenes de arresto, pero si los Estados no hacen cuanto esté en su mano por entregar a los culpables, todo el esfuerzo habrá sido en balde.

V. CONCLUSIONES

La remisión por la resolución 1970 (2011) Consejo de Seguridad a la Corte Penal Internacional de un nuevo asunto mediante la vía que ofrece el artículo 13 b) del Estatuto de Roma ha reavivado dudas y problemas que ya el asunto del presidente sudanés Al Bashir (Darfur), del que la Corte se encuentra conociendo por esa misma vía, había suscitado. Las actuaciones que, hasta la fecha, han tenido lugar en la cuestión libia han servido para confirmar algunas actuaciones puestas en duda en su momento, pero no todos los interrogantes se han cerrado.

Un nuevo Jefe de Estado, Muamar el Gaddafi hubiera comparecido ante la CPI si el rumbo de los acontecimientos no hubieran conducido a su ejecución por las tropas rebeldes, pero aún otro (su hijo, Primer Ministro de Facto y sobre el que también pesa una orden de arresto) puede responder por los crímenes cometidos. Se confirma así que no hay inmunidades de altos cargos que sirvan cuando se trata de procedimientos abiertos ante la Corte Penal Internacional, incluso si se trata de Estados no Parte en el Estatuto, porque en determinados casos la intervención del Consejo de Seguridad permite que así sea.

Cómo deben reaccionar los Estados a las órdenes de arresto dictadas en los dos casos ha sido la cuestión más problemática, por la compleja relación entre los artículos 27 y 98 del Estatuto de la Corte y el juego de inmunidades que introducen respecto de la obligación de cooperar. De acuerdo con el artículo 98, si un Jefe de Estado viajara a un Estado *parte* en el Estatuto,

Accountability resolution, in the Security Council (March 31 2005), disponible en www.usun-newyork.usmission.gov. También en «United States abstains on Security Council resolution authorizing referral of Darfur atrocities to International Criminal Court source», *AJIL*, vol. 99, 3, 2005, pp. 691-693)

en principio no habría obligación de detenerle, pero ¿puede seguir manteniéndose la afirmación en el caso sudanés y libio, en el que la cuestión tuvo origen en una resolución del Consejo de Seguridad? El Fiscal no es de esa opinión, y parece que tampoco la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte, como demuestra el hecho de que, en el asunto Al Bashir, dictara tres decisiones informando al Consejo de Seguridad y a la Asamblea de Estados Parte de que tres Estados que habían ratificado el Estatuto (Kenia, Chad, Djibouti) habían incumplido el deber de cooperación que les vinculaba merced a la resolución 1593 (2005).

Mayores problemas surgieron respecto de los Estados no parte, para los que no existe, como es lógico, obligación alguna de cooperar con la Corte, pero nuevamente la existencia de resoluciones del Consejo de Seguridad obligarían a matizar la cuestión. En el asunto Al Bashir la Sala emitió solicitudes de cooperación en el arresto del líder sudanés dirigidas, incluso, contra Estados no parte y en el asunto libio se ha dado la misma orden. Sin embargo, en las dos resoluciones del Consejo de Seguridad que reenviaron la cuestión a la Corte se admite que no se puede exigir a los Estados no parte cooperación alguna y, por otro lado, la Corte sólo amonestó, con motivo de la visita de Al Bashir, a aquellos Estados que habían ratificado el Estatuto de Roma y no a quienes no lo habían hecho. Por si poca confusión existiera ya, el Fiscal, en el asunto libio anunció que sólo pediría órdenes de arresto a las autoridades libias, pero la Sala las dio también para los Estados vecinos de Libia y para los Estados miembros del Consejo de Seguridad no Parte en el Estatuto. Las contradicciones están, como bien se habrá podido observar, servidas y pocos son los intentos de aclararlas. De todas formas, la insistencia de la Sala en solicitar el deber de cooperación de los Estados no parte debería interpretarse (y así lo haremos puesto que instancia alguna ha indicado lo contrario) como que la existencia de una resolución del Consejo de Seguridad permite que se aplique también a Estados no parte.

El Consejo de Seguridad parece haber encontrado en la Corte un nuevo aliado en la lucha contra la paz y la seguridad internacionales (o la Corte un nuevo socio para perseguir los crímenes internacionales). Reenviándole cuestiones de las que, en principio, no podría conocer, parece fomentar la lucha contra la inmunidad pero, ¿es realmente así o le está haciendo entrega en realidad de un regalo envenenado? La Corte, efectivamente, ha podido abrir procedimientos gracias a esta vía, pero aún es dudoso que algunos de los acusados, especialmente los Jefes de Estado o de Gobierno sobre los que pesan

órdenes de arresto, puedan verse realmente sentados en el banquillo. Y es así porque arrestarlos sigue siendo un requisito previo para el que necesita de la colaboración de los Estados, y no todos, como hemos visto de manera especial con algunos de los que componen la Unión Africana, parecen estar dispuestos a hacerlo.

La unión hace la fuerza, sí, y resultan convenientes y beneficiosas las *alianzas* entre el Consejo de Seguridad y la Corte, pero también es cierto que la credibilidad de esta última se verá muy debilitada (más aún) si a nada llegan. Y el Consejo de Seguridad, que supo estar a la altura de las circunstancias en la primera fase del proceso (reenviar la cuestión a la Corte) ha sido incapaz de permanecer fiel a la Corte y seguir apoyándola cuando los Estados han desafiado las órdenes de cooperación que se le pedían.

